6

I. GOTHOFREDI
DE
ELECTIONE MAGISTRATVS
INHABILIS SEV INCAPACIS
per errorem factâ,

DISSERTATIO.

Ad. L. Barbarius Philippus 3. *ff. de Officio Prætorum.*

Ad Ampliſſimum Virum

D. NICOLAVM RIGALTIVM
IC. ET SENATOREM
REGIVM.

Virum Integerrimum.

GENEVÆ,

Sumpt. Ioannis Ant. & Samuelis de Tournes.

M. DC. LIIII.

Digitized by Google

Digitized by Google

DISSERTATIO,

Ad L. Barbarius Philippus 3. *ff. de Officio Prætorum.*

AMPLISSIME VIR,

LEGI haud ita pridem, atque etiam inter ſe ſedulò contendi nuperas duorum clariſſimorum virorum *Obſeruationes, ad jus Atticum & Romanum ſpectantes*, vbi multa profectò occurrebant reconditæ lectionis, atque ab vſu ſenſúque vulgi ſemota: vnde etiam legibus noſtris gratulari cœpi, quæ tam eruditos interpretes nactæ eſſent, qui eas omni illâ humaniorum literarum face, quibus ipſi illuſtres ſunt, colluſtrare poſſent: ſine quo certè genuinam Iuriſprudentiæ imaginem, ſingularúmque conſtitutionum ſenſum nullus vnquam plenè adſequatur. Sedenim fatendum, vbi ſingula expendere accuratiùs cœpi, tam multa ibi occurriſſe, quæ etſi egregiis obſeruationibus fœta, à vero tamen plurimùm recederent: Cuiuſmodi certè ſcripta multos in abrupta ſæpe trahere ſolent, dum ſpecioſis doctiſque erroribus aurem adſenſúmque *ἀνεξετάστως* præbent. Ejus verò rei atque erroris cauſas cùm replico, potiſſima illa mihi viſa ſemper, quòd *Arcanorum* ſeu *Myſteriorum* Iuris, quæ hodie fœliciter prodita ſunt, multi haud ſatis, neque ad omnem ſemper occaſionem memores, neglectis iis, ad ea ſeſe protinus conferunt, quæ extrema eſſe debuerant, ad legum inquam correctiones: quæ familiaribus, ſic vt dicam, remediis ſanari poterant: cujuſmodi ſunt iſta, quæ in ſpe-

ciem minima contemptúque penè digna multi putarent: puta, diuiſio ſeu diductio duarum vocum dictionúmve, quæ in vnam perperam coaluêre: Interpunctio accurata: ambiguæ vocis enodatio: ſententiarum demum, quæ in vnâ eadémque conſtitutione ſeu lege occurrunt, ſed diuerſos ſæpe auctores habent, diſtinctio: de quibus omnibus extant iam præclara aliorum monita: adnotatis etiam exemplis, vbi remediis his non tantùm obſcuris & intricatis legibus, medela lúxque adhibita, verùm etiam flexa aliorum ſcripta dictáqúe euoluta. Et meritò: nam & retrò elenchorum, errorum, ſophiſmatum, *ἀμφιβολίας*, pronà hæc ſæpe materies eſt, ſi diuiſa copulentur, ſi interpunctio falſa ſit, ſi ambiguâ dictione, ſeu *ὁμωνυμίᾳ* ludatur: tandem ſi diuerſorum ſcripta, ſententiæque commiſceantur: Per hæc enim non perplexus modò orationis ſenſus redditur, verùm etiam in totum ſæpe vertitur ſeu mutatur. Vnicum modò, ſed memorabile, quódque in ipſis rerum argumentis obtinet, exemplum, nunc adferre libet, & quidem, Pandectarum ordine ſeruato, primum, ex illis ipſis *Obſeruationum* libris, interea dum cætera ab iis qui otio magis diffluunt, diſcutiuntur, petitum.

Solemnis eſt admodum & famoſa, imò quotidiana, Lex *Barbarius Philippus 3. ff. de officio Prætorum.* vt quæ ſui perplexitate Tranſalpinos ſeu Tranſmontanos noſtros iam olim cum Ciſmontanis ſeu Italis non parùm commiſit: quę variis & prolixis commentariis illuſtrata eſt, & in his potiſſimùm à Bartolo, Baldo, cujus vnius tres ad eam lecturę exſtant, & Iaſone: quæ ſingularibus item Repetitionibus dotata eſt, & in his quidem à Camillo Plautio: quæ ſuperiore etiam ſeculo Cujacium & Robertum inter ſe colliſit: Demum, quæ etſi argumenti dignitate ſolemnis non eſſet, in ſolemnem tamen euaſiſſet, ob varias ejus Interpretationes & Emendationes.

Nam etſi de *facti* ſpecie, ſeu caſu qui ibi proponitur, liquida res ſit, Barbarium videlicet Philippum ſeruum Ro-

mam:

riam fugiſſe, ibidémque pro libero ſeſe gerentem, Præturam à populo petiiſſe & impetraſſe, mox & geſſiſſe: multáque exinde in Prætura edixiſſe, decreuiſséque: multoſq; apud eum lege vel quo alio iure egiſſe. Rurſum, etſi de *Quæſtione*, quæ poſteriore huius l. ſententiâ tractatur, liqueat: nempe, vtrùm geſta ab eo in Prætura, vel apud eum actitata rata ſint nécne: Poſtremùm etſi liqueat, id ibidem in ſummam *definiri*, ſeu ſummarium illud ex huius legis deciſione confici, geſta interim à ſeruo Prætore per errorem deſignato, vel apud eum actitata, rata eſſe firmitatémque obtinere: quamlibèt non optimâ lege, non iuſtus vndique Prætor fuerit. Quæ quidem etiam Vltramontanorum noſtrorum iam olim ſententia fuit: proſcriptâ Italorum quorundam, qui Barbarium & iuſtum omnino Prætorem fuiſſe aſſerebant, ac præterea liberum exinde factum contendebant. Hæc, vt dixi, hodie ſatis perſpicua ſunt, vel certè internoſci ſatis poſſunt: Atenim verba ipſa vndique perplexa flexáque, neque certa ſatis aut conſtans verborum cohærentia: imò pleraque in ſpeciem in ſe concurrentia & contraria: ſic vt quam in partem te vertas, neſcias: quando ſemper, quicquid moliare, aliquid ibi protuberat hiátque. Specta enim mihi ſis illud, quòd Barbarius Philippus, vt hodie Lex legitur, modò Præturâ functus dicitur, imò & verè Prætor fuiſſe aſſeritur, ſi vulgatę lectioni ſtamus, modò apertè negatur. Illud etiam ſpecta, quòd ſeruitutem Barbario iſti Prætori deſignato nuncupatis verbis nihil obſtitiſſe aſſeritur; mox tamen illud ipſum in quæſtionem ceu conrrouerſum reuocari videtur, inani proinde, vt plerique cenſent, poſteriorum tractatu: Tandem Vlpiani verba à Pomponii ſententia difficulter ſepares.

II. Hinc illa igitur tantáque ſententiarum & Interpretationum varietas, tot denique Emendationum experimenta, imò cauteria: Pars quippe in hac lege nonnulla expungere, alii contrà quædam inſerere, alióve modo

eam interpolare: imò & aientia ibi cum negantibus; & retrò, mutare: vnde iam lex iſta *Barbarius*, *barbara* magis quàm antè reddita, cùm ſuperiorum ſæculorum *Barbarie* premeretur. Et genuinum tamen eius ſenſum ſeu intellectum haberi, verámque eius lectionem firmari ſemel, plurimùm intereſt. Nam etſi hypotheſis eius verſetur circa *ſeruum*, atque adeò his hodie moribus inutilis ea videatur, attamen definitio eius latiſſimè porrigitur, & verò à Doctoribus ac Pragmaticis ad alias ſimiles ſpecies compluri mas & nobiliſſimas traducitur: quódque de Incapaci ob ſeruilem ſtatum, ritè tamen electo, hac l. definitur, ad alias Incapacitatis & Incapacium ſpecies argumentatione trahitur; veluti ad Excommunicatos, Iudæos, Paganos, Gibellinos, Simoniacos, per errorem ritè tamen, electos: Porrigitur & ad Notarios ſeu Tabelliones, Conſules mercatorum Epiſcopos, Prælatos, Imperatores, quaſcunque tandem dignitates, ſæculares, Eccleſiaſticas, per errorem ritè tamen collatas: In tantũ vt Baldus quoque *in l. non mutant, C. de lib. cauſ.* exemplum ponat in Papâ ineligibili poſt Innocentium *in cap. nihil. extr. de elect.* Imò Iaſon *ad hanc l. n.* 57. *fol.* 40. *verſo*, quærit de geſtis à Ioanne fœminâ homulâ, quæ tum ſupponebatur ad Papatum, ritè tamen electâ. Quod exemplum multi deinceps alii afferunt, velúti Morl. *in* .... *de Iuriſd. quæſt.* 26. Th. Sanch. *lib.* 3. *de matrimon. diſp.* 22. *num.* 28. Hotomann. *quæſt. illuſtr. cap.* 17. Vide & Amayam *ad leg.* 1. *Cod. ſi ſeruus aut libert. ad decurionatum adſpirauerit.*

Sunt igitur, qui vocem *nihil* expungendam in hac lege cenſent, ibi, *nihil ei ſeruitutem obſtitiſſe*: quaſi Pomponius dixerit, hoc caſu Barbario ſeruitutem obſtitiſſe, quò minùs Prætor reuerà eſſet, Quod tota tamen lex ejerat: nam & is apertiſſimis verbis Præturâ functus dicitur, ſic vt multa eum edixiſſe decreuiſséque addatur, multósque apud eum Lege; vel quo alio jure egiſſe memoretur; tandem eadem omnia rata eſſe affirmetur.

Alii,

Alii, & in his quidem Robertus, 1. *Receptarum* 18. & *Animaduerſionum*, *vt & notatorum ad notas Mercatoris* 18. Hotomannus item, 17. *Illuſtrium*, negatiuam expungunt: ibi, *quaſi Prætor non fuerit.* Quos ſequentia omnino refutant: vbi Præturâ tantùm functum Barbarium, non verò, juſtum ſcilicet; Prætorem fuiſſe aſſeritur ſeu conceditur: & exinde controuerſia enata diſcutitur, vtrùm geſta faltem ab eo vel apud eum rata ſint.

Contius, *lib.* 1. *Diſput.* 2. vt & Cujacius ipſe 18. *Obſeruat.* 33. negatiuam *non* addunt, ibi, *in dignitate Prætoriâ functus ſit:* vel ſaltem, loco *in*, vel, vt eſt in Florentinis, *ni*, negatiuam *non* ſubſtituunt: quam ſententiam rectè refutauit Robertus.

Et hæ quidem ſingularũ vocum interpolationes ad hanc l. occurrunt. Eadem difficultas in diſtinguendis Pomponii verbis ab Vlpianeis: Omnes enim, quod ſciam, hactenus Vlpiani verba inde ſumunt, *Adquin verum eſt*: quaſi ea ſint Vlpiani Pomponium vellicantis: Quæ ſanè capitalis hîc fraus, ſeu error hactenus fuit. Quod *quæſtiones* huius l. attinet, ſunt qui tres eâ contineri putant: num videlicet Barbarius Prætor fuerit, num ſeruus manſerit, num geſta ab eo vel apud eum rata ſint: cùm duæ tamen tantùm hîc quæſtiones tractentur: prior, inquam, & poſtrema: & hæc quidem adhuc ab Vlpiano prioris tantùm occaſione ſuccenturiata: Vnde & Vltramontani noſtri vnam tantùm quæſtionem vnámque deciſionem hac l. contineri ſcripſerunt.

At ſubtiles ſeſe putant, qui Pomponium agere cenſent de Barbario *deſignato* tantùm Prætore, Vlpianum verò de Præturâ functo: quæ Roberti ſententia fuit, *Receptar. vlt.* & quadantenus etiam nuper Heraldi, *Obſeruat. cap.* 4. etſi eam ipſe non omnino probet: Quod vt à Cujacio pridem rectè, ita & nuper adhuc refutatum eſt: *Deſignatus* enim Prætor *hac l.* non alio fine ſenſúve dicitur, quàm quia non niſi deſignatus, ſeu poſt deſignationem à populo ritè fa-

ctam, actu videlicet habito ex lege ſeu ſecundùm legem, comitiis inquam, centuriatis, Præturam gerere potuit, & reuerà Præturâ eum functum ſequentia teſtantur. Ergo *deſignationis* mentio fit, non vt indicetur, hoc caſu intra nudam deſignationem rem ſtetiſſe, ſed tanquam neceſſarii antecedentis, & ad differentiam eius qui citra deſignationẽ legitimam, in officium ſeſe intruſiſſet. Et certè vetus auctor quoque apud Suidam, id teſtatur, non intra deſignationem rem ſtetiſſe: neque enim tantùm in genere de Barbario ait ἦρχε, & mox, ταύτην δὲ τὴν ἀρχὴν ἦρχε, verùm etiam expreſsè, Barbarium hunc viſum ait, ἐν ἀγορᾷ τῇ Ῥωμαίων ὑψηλὸν διάγοντα καὶ σοβαρεύοντα. Quem locum primus, quod ſciam, Turnebus feliciter, vt alia multa, 7. *Aduerſ.* 7. & poſt eum Contius, 1. *diſput.* 2. notauit: qui prior etiam ſuſpicabatur, hæc Æliani eſſe.

Idem verò Robertus & Heraldus alia ibidem moliuntur: ille quippe vocem *ſi*, ibi, *ſi ſeruus quamdiu latuit*, pro interrogatiua *an* poſitam exiſtimat: Hic verò duo integra membra ſeu cola, vetut è ſcholio in textum recepta, expungit: hoc primùm, *quaſi Prætor non fuerit*: dein iſtud, *in dignitate Prætoria*: idémque tertiò, pro *adquin verum eſt*, reponit, *quia verum ſit*.

Hæc ſimiliáque ſi viderent hodie Pomponius vel Vlpianus, ſuámne illi ampliùs legem agnoſcerent, cuius neque vola neque veſtigium amplius ſupereſſet: imò quam *pauitantem, & dira tegentem ſupplicia* ſic viderent?

An tolerabilior verò eorum ſententia, & in his Lopezii Maderæ, *Animadu.* 6. qui aiunt, Barbarium à Pomponio dici Prætorem de jure fuiſſe, ab Vlpiano verò de æquitate? Nihilomagis: nam imò Pomponius concedit, eum Prætorem juſtum ſcilicet non fuiſſe: & Vlpianus ipſe non diſputat, quo jure, quâ lege, Barbarius Prætor fuerit, verùm quo jure locóve haberi deberent geſta ſeu actitata ab eo vel apud eum.

Sed noua nunc nuper emerſit CL. SALMASII

emen-

emendatio, *Obſeruationum cap.* 14. vbi pro hiſce verbis, *ſed nihil ei ſeruitutem obſtitiſſe ait Pomponius*, ipſe reponit, *ſed non id ei à ſeruitute obſtitiſſe*, &c. hoc ſenſu, Barbarium Prętorem deſignatum, non ideò ſeruitute liberatum, non ideò ſeruum eſſe deſiiſſe. Quæ vt violenta nimis emendatio, coactáque interpretatio eſt, ita in ipſammet Legem non vnâ ratione incurrit. Dixi *violentam emendationem*: ecquis enim non iam dico Iuriſconſultus, verùm ex aliis quoque ſcriptoribus ita vnquam locutus eſt? Nam quod *obſtandi* verbum attinet, *obſtare*, puto, vel *non obſtare* res vel perſona aliqua alteri dicitur, potiori ſcilicet, vel certè commodæ, non verò incommodæ: vt apud Poëtam, in illo:

Idq́ placet, tantúmque bonis communibus obſto.

Et in illo:

quorum virtutibus obſtat
Res anguſta domi.

Quod verò integram formulam illam attinet, *à ſeruitute obſtare*, pro *ſeruituti obſtare*, quis eius locutionis fundus? quis auctor, antiquæ potiſſimùm veræq́; Latinitatis? Scilicet ita quoque Diogenes (vt ſcribit Valerius Maximus, *lib.* 4. *cap.* 3. *in externis*, §. *vlt.*) rogaſſe dicitur Alexandrum, *Ne ſibi à ſole obſtaret*. Quàm verò diſſimile iſtud? Potuit equidem iſtud ita rectè dici, *à ſole alicui perſona obſtari*, cùm objectu corporis ſui alteri ſolis vſum interciperet, & ab eâ parte impedimento ſtaret, quà Sol lucet ſeu fulget. Sed quid illud eſſe poſſit, *Præturam alicui à ſeruitute non obſtare*? Hæc de formula & Emendatione.

Idem verò eâ emendatione, & exinde eo ſenſu quem huic l. affingit, plurima admittit. Primum enim in eundem cum Accurſianis lapidem impingit, quòd autumat, hac l. quæſitum, vtrùm Barbarius Prætor deſignatus Pręturáque functus, ideò ſeruus eſſe deſierit: cùm contrà hac l. quæſitum fuerit, vtrùm ſeruitus Præturæ geſtiſque in eâ obſtaret. Quod vt expreſſa Legis verba teſtantur, ita etiam illud inter Iuriſconſultos quęri non potuiſſe neque debuiſſe

†† ampliùs,

ampliùs, hiſtoriæ quoque veritas conteſtatur: auctor enim eſt ſcriptor ille incertus, ſed vetuſtus apud Suidam, Barbarium Præturam gerentem à domino ſuo agnitũ ſui pretium domino clàm inq; domũ ſeducto pro libertate rependiſſe: καὶ εἰς τὰ οἰκεῖα ἄγει καὶ καταβαλὼν πάμπλειστα εἶτα μὲν τοι ἑαυτὸν ἐλύσατο. Igitur de Barbarii ſtatu ſeu libertate eius quæri ampliùs non debuit, quandoquidem in Præturâ ipsâ à domino liber factus fuerat. Poſtremùm tantum abeſt, de eo quæri inter Iuriſconſultos potuerit, vt contrà tota hiſtoria conteſtetur, huiuſmodi Pſeudolos & ſubditițios ſeruos, non dominis modò ſuis redditos, verùm etiam pœnæ addictos. Facto igitur aliquo expreſſo hoc caſu opus erat, vt ſubditițius huiuſm. libertatis compos fieret: de quo inter Iuriſconſultos ne dubitabatur quidem. Grauis proinde error eſt Citramontanorum, qui libertatem hoc caſu collatam, tanquam neceſſarium antecedens, aiebant. Quæri igitur tantùm potuit & debuit, de Barbarii dignitate Prætoriâ, déque geſtorum ab eo vel apud eum robore.

Idem in eo pariter errat, quòd iſta, *Adquin verum eſt*, &c. Vlpiani eſſe putat, Pomponium vellicantis: Idem, quod quartum, ſequentia ita refingit: *Vt tamen videamus, ſi ſeruus quamdiu latuit in dignitate Prætoriâ, eâ functus ſit quid dicemus*: Quaſi hæc verba ſequela ſint verborum Vlpiani: cùm tamen initium eorum conſtituant: interpoſito etiam pronomine *eo*: quo nihil ibi opus: *Functus* enim ibi abſolutè dicitur, is qui in dignitate Prætoriâ conſtitutus, munia Præturæ obiit. Idem, quod quintum, putat, Pomponium exiſtimaſſe, nullam in vllo Præturæ à Barbario geſtæ rationem habendã: Nam imò contrà is clarè dixit, neque ſeruitutem ei obſtitiſſe, & verum ſemper eſſe quòd Præturâ functus fuerit: de quo mox. Idem, quod ſextum, Vlpiani inſtantiam ita formar, quaſi is ei quod Pomponius dixerat, Barbarium nihilominus in ſtatu ſeruitutis permanſiſſe, oppoſuiſſet, *Adqui verum eſt* &c. Neque enim, vt dixi, hæc verba ſunt Vlpiani, ac proinde non inſtantiæ ali-

tiæ alicuius, ſeu ἀνϛάσεως, verùm eiuſdem Pomponii, ad id quod minimum ſaltem eſt, per conceſſionem, rem deducentis: ita ſcilicet, ſi Barbarius Prætor non fuiſſe concedatur, juſtus ſcilicet, ſaltem quod negari non poteſt, Præturâ functus eſt. Id quod nunc ſtatuere iuuat: iam enim germanam lucem priſtinámque ſanitatem, quam dudum expectat, huic legi reddamus.

IV. Primò, verba ipſa conſtituenda ſunt, vt totius legis οἰκονομίαν, & ratiocinationem integram nullo negotio aſſequi poſſimus, quidq; etiam Pomponii ſit, quid Vlpiani, internoſcere. Igitur intactis omnibus, illa quæ intricatam hanc legem reddidêre, ſic interpuncta, vno ſpiritu ſeu continuo filo, legi oportet, nullo mutato additóve aut detracto. *Sed nihil ei ſeruitutem obſtitiſſe ait Pomponius: quâ, ſi Prætor non fuerit, adquin verum eſt, Præturâ eum functum.* Et hactenus quidem Pomponii verba. Mens eius hæc eſt, Barbario huic ſeruo homini hoc caſu (quomodo etiam loquitur Imperator, in *l.* 1. *C. de teſtamentis*) ſeruitutem nihil obſtitiſſe, quominus Prætor deſignatus, ſi non juſtus vndique, propriéque Prætor fuerit, attamen, quod negari non poteſt, Præturâ functus dicatur. Ait Pomponius: Qva: ſeruitute ſcilicet, & ſic propter quam, vel in eâ conſtituto: Quæ ſcilicet ſeruitus Barbario impedimento eſt, ne iuſtus vndique Prætor fuiſſe dicatur, eadem obſtare non poteſt, quin ſecundùm legem, ritè à populo deſignatus, Præturâ functus fuerit & dicatur. Et ſic *quâ ſi* diductè legendum: ſic etiam vt neque opus ſit hîc vocem *quia*, pro *qua* ſubſtituere: *quaſi*, pro *qua ſi*: errore promiſcuo, quòd libri olim ſcripti vno tenore & continuo ſcriberentur. Ait dein Pomponius, Adqvin: quæ vox relationem habet ad præcedentia illa, *ſi non*, & continuo ſpiritu legenda veniunt. *Adquin* pro ſimplici *at*, ſeu *tamen*, *attamen*, vel *ſaltem*: Quo ſenſu Vlpianus vocem hanc non vno loco effert, vt *l.* 13. *in fin. ff. de vſufructu*, *l.* 1. *ff. ſi ſeru. vindic.* imò idem Pomponius, *in l. vlt.* §.1. *ff. de iure-*

jurando. Vt omittam ſcriptores alios, apud Terentium ad eum modum interprete Donato, eodem ſenſu vox *Atque.*

> *Mihi quidem hercle non ſit veriſimile, atque ipſis commentum placet.*

Scilicet vox *atquin* hic accipienda eſt, non pro aduerſatiuâ *immò*, velut Vlpiani, ſuam ſententiam opponentis Pomponianæ, vel etiam exaggerantis ſeu ampliantis Pomponii ſententiam, quomodo hactenus alii accepêre, & in his Camillus Plautius *num.* 73. verùm ipſiuſmet adhuc Pomponii, differentiam interim conſtituentis, vel ſaltem concedentis inter Prætorem juſtum ſcilicet, verum, propriúmque; & Præturâ fungentem, & ad id quod minus eſt, quódque negari non poſſet, rem deducentis. Denique vox hæc *Atquin* propria eſt ἐπιτρεπτικῇ ſeu *conceſſioni*, fictæ etiam ſæpe, quâ pars datur, vt reliquum ſaltem feramus: ſimiliter vt vox At accipitur in illo Virgilii.

> Non *dabitur regnis* Esto *prohiberè Latinis*,
> At *trahere, atque moram tantis licet addere rebus.*

Et Cicero in Verrem: *Sit fur, ſit ſacrilegus*, &c. *At eſt bonus Imperator, & felix, & ad dubia Reipublicæ tempora reſeruandus.* Quare id voluit, vt dixi, Pomponius, etſi Barbarius in caſu propoſito, non juſtus, non proprius Prætor fuiſſe concedatur, id ſaltem verum eſſe, quòd Præturâ functus fuerit: εἰ μὴ δικαίως, ἀλλ' οὖν ψιλῶς. Et hactenus quidem Pomponius: qui ita, vt dixi, in hac facti ſpecie per conceſſionem diſtinguebat. Quomodo certè haud abſimiliter prorſus, etſi de mero facto, aliud eſſe dicitur, in ſeruitute eſſe, & ſeruum eſſe. *l. ei quoque* 11. *ff. ex quibus cauſ. mai. l. cùm heredi* 32. *ff. de adquir. poſſ.* v. & Quintilian. *lib.* 2. item in libertate eſſe ſeu morari, & liberum eſſe, *l.* 10. *cum ſeq. ff. de liberali causa* : *l.* 3. §. *ſi ſeruus, ff. de adquir. poſſ.* denique in poſſeſſione eſſe, & poſſidere, *d. l.* 3. §. *vlt.* Quia in his omnibus priora factum denotant, poſteriora jus. Et hactenus quidem Pomponius.

v. Quid ad hæc Vlpianus? Cùm videret is, Pomponium

nium hoc ſine ſtetiſſe, vt de dignitate tantùm Barbarii, heri ſervi, hodie iam liberi, pronuntiaret, neque ſatis expreſſiſſet, quo ſine eam differentiam conſtituiſſet, conceſſiſſétque, & ſic videret, non expeditam ita clarè quæſtionem & controuerſiam omnem, quæ hac parte moueri poterat: Imò cùm videret, obniti quoſdam adhuc poſſe, nequidem Barbarium Præturâ functum dici iure poſſe in terminis iuris, ſeu de iure (nam de nudo facto ſeu de nudâ Præturæ geſtione, ne infans quidem dubitare poterat) Denique cùm videret is, ex eo ipſo quod Pomponius vltro dabat, ſeu concedebat, Barbarium Prætorem non fuiſſe, colligi poſſe, ab eo vel apud eum geſta irrita eſſe oportere, velut qui Iudex incompetens fuerit, non juſtus Prætor, imò falſus quoque quodam ſenſu, quo Valerius Max. *lib.* 3. *cap.* 4. §. 5. falſum M. Perpernæ Conſulatum dixit, & caligini ſimile imperium & adumbratum nomen: aliter atque *falſus tutor* in iure dicitur, ψευδὴς πολίτης, quem ab ἀδίκῳ ſeparat Ariſtoteles, 3. *Politicorum* 2. Ipſe, inquam, Vlpianus id inexcuſſum relinquere nolens, ſermonem ita ingreditur, *Et tamen*, inquit, *videamus*, &c. Quæ ſanè verba ſunt, non tam vellicantis Pomponii ſententiam, quàm dubium quod ſupererat mouentis, mox & reſoluentis: Ac ſi diceret, eſto, Pomponii ſententiæ & ἐπιτρεπτῇ adhæreſcendum, nondum tamen res confecta eſt: illud enim querendum adhuc ſupereſt, quænam vis ſit eorum quæ à Barbario Præturam gerente vel apud eum geſta fuerunt. Quid iſtâ lectione planius? nullo ſcilicet mutato additóve vel detracto: verùm, quatuor iis tantùm, quæ initio dixi, obſeruatis: diductis, inquam, duabus vocibus, quæ in vnam perperam coaluerant: interpunctione legitimâ: ambiguitate vocis *adquin* ſublatâ: diſtinctis tandem Pomponii & Vlpiani ſententiis?

VI. Nunc videndum eſt, quânam occaſione Vlpianus in hanc quæſtionem ingreſſus ſit, quod & ipſum ſcire plurimùm intereſt, & nondum tamen à quoquam notatum;

vel rectè expenſum reperio. Id verò ſciemus, ſi nouerimus, in quo argumento eo libro, vnde hæc lex deſumpta eſt, Vlpianus verſatus fuerit. Ergo ſciendum eſt, hanc legem deſumptam, non quidem ex Sabino ipſo, quod Duarenus minùs pensè ſcripſit, verùm ex *libro* 38. *Vlpiani ad Sabinum:* quo quidem, vt & proximo 39. egerat de Tvtela Legitimâ & Datiuâ, déque curâ furioſorum, vt docent reliqua fermè Legum fragmenta quæ exinde ſuperſunt. Eâ verò parte quæri potuit de *Magiſtratu*, ſeu de Prætore, & quidem Tutelari, à quo Tutor datus fuit, qui poſtea ſeruus detectus eſt: Quæri potuit, de *pupillo vel adulto* cui tutor datus eſt, quíque poſtea ſeruus detectus eſt: Quæri potuit, de *Tutore* dato, qui ſeruus poſtea apparuit: de quo ſanè agitur *l. in ſeruili* 7. *C. qui dare tutores.* Quæſitum certè illo libro de tutore, qui captus poſtea ab hoſtibus, quíve miſſus ad hoſtes quaſi Legatus, vel etiam receptus ab his, aut transfuga, vt patet ex *l.* 15. *ff. de tutelis.* quæ ex *eodem* Vlpiani *lib.* 38. *ad Sabinum* deſumpta eſt. De his, inquam, omnibus quæri eo libro potuit, vel etiam quæſitum fuit: & generaliter, de immutato vel detecto poſt delatam vel cœptam tutelam, Magiſtratûs, pupilli vel adulti, tandem & Tutoris, ſtatu vel conditione. Et certè eò apertiſſimè pertinet dicta lex 15. *de tutelis*: Pertinet item lex *qui furere cœpit* 20. *ff. de ſtat. hom.*, quâ definitur, eum qui furere cœpit, & ſtatum & dignitatem in qua fuit, & Magiſtratum poteſtatémve retinere, ſicut rei ſuæ dominium retinet. Et ita quidem interim hæ duæ leges, velut ex *eodem* Vlpiani *libro* 38. *ad Sabinum* deſumptæ, huic noſtræ conjungendæ ſunt, conjunctæq; adeò maximam illi lucem fœnerantur. Similiter enim & hac *l.* Vlpianus agit de mutatâ vel de detectâ ſaltem conditione ſeu ſtatu Prætoris, cuius fortè etiam decreto tutor datus fuerat: Quæ ſanè tutoris datio, *Legis Actio* eſt: & cùm id faciebat Prætor, *lege agere* dicebatur: vt & qui tutores ab eo petebant: vt & alii apud eum agentes, Lege vel quo alio jure apud

apud eum agebant. Quæ omnia Vlpianus his verbis complexus eſt. *Quid dicemus*, inquit, *quæ edixit*, *quæ* DECREVIT, *nullius fore momenti? An fore, propter vtilitatem eorum qui apud eum* EGERVNT *vel* LEGE, *vel* QVO ALIO IVRE? Et ita quidem egregiè hæ tres leges inter ſe cohærent. Inde enim conficitur, non modò ad quod argumentum generale hæc lex referenda ſit, verùm etiam ad quam hypotheſin ea pertineat: In tantum etiam vt quæ hîc de Prætore dicuntur, de Prætore Tutelari propriè accipi poſſe videantur.

VI. Stabilitâ hunc in modum huius Legis lectione ſuperioribúſque ita, ὡς ἐν παρενθέσει, præcognitis, *magiſtraliter* nunc, vt loquuntur, hanc l. diuidamus, & interpretemur. Duæ ſunt omnino huius l. partes, ſeu ſumma capita: non quomodo Accurſiani diuidunt, tres partes, vel etiam tres quæſtiones, quod iam antea repudiauimus: Prior pars ad illa vſque, *Et tamen*, &c. porrigitur, totáque eſt Pomponii Iuriſconſulti, referente Vlpiano: Pomponii, inquam, qui ſub Marco Antonino Philoſopho Imp. ſcripſit, quíque hoc thema tractauerat, vel libro 17. *ad Sabinum*, ſeu *ex Sabino* (nam ita promiſcuè libri hi citantur) quo is *de Tutelis* pariter egerat, cuius alioquin ſcripta in commune, ad Sabinum nominatim, præ manibus habebat Vlpianus, cùm ſuos ipſe libros ſub Antonino Caracallâ ſcriberet, vel certè libris *Variarum lectionum*, in quos varia & inſigniora themata hiſtorica, quæ Iuriſconſultos olim exercuêre, retulerat: vt patet quoque ex *l. vl. ff. de rerum diuiſ.* *l. 6. ff. de captiuis*: *l. 41. ff. de hæred. inſtit.* quos quidem etiam Variarum libros Vlpianus iiſdem ad Sabinum libris allegat, *in l. 7. ff. de donat. inter vir. & vx.* Pomponium certè egregium Hiſtoricum fuiſſe comprobat vel lex 2. *ff. de origine iuris*, quæ tota hiſtorica eſt, & hiſtoriam juris continet, & lex 5. *ff. de captiuis*, lex 17. *de legationibus*: vt cæteroquin hiſtoriæ cognitio ad Iuris ſcientiam plurimùm confert. Imò idem Pomponius, non tan-

Digitized by Google

tùm in *d. l.* 2. *ff. de origine juris*, totam Prætorum hiſtoriam euoluit, in quo cenſu fuit quoque Prætor tutelaris, verùm etiam iiſdem Variarum libris de Prætoribus multa commentatus eſt, & quidem in *d. l.* 17. *in fin. ff. de Legationibus*; vbi alterum quoque exemplum proponit Prætoris, de cuius ſtatu dubitabatur. Pomponius igitur inter alia, caſum ſeu thema iſtud illuſtre de Barbario Philippo Prætore ſibi propoſuerat, è vetuſtate repetitum. Quod quidem ſub Triumuiris, ac nominatim ſub M. Antonio Romæ contigerat. Quod diſcimus ex vetuſto auctore illo, è quo habet Suidas, qui vnus hanc hiſtoriam præterea habet, eandémque inter cætera fortunæ ludibria memorat: ἐκεῖνα δὲ, inquit ſcriptor ille, ἐς ταύτην τῆς τύχης μὴ συγγνῶναι τὴν παιδιάν. Sic ſanè ſub iiſdem Triumuiris memorat Dio Caſſius ſimile alterum exemplum, (*quod tamen Ill. Scaliger, in Euſebii qui hanc hiſtoriam perſtringit, chronicon, p.* 147. *non diverſum, ſed nomina tantùm mutata, & Quæſturam pro Præturâ poſitam putabat.*) *lib.* 48. in geſtis A. V. C. 715. trigintaquinque fermè ante natum Chriſtum annis de Maximo ſeruo quodam, qui Quæſturam Romæ petierat, à domino ſuo pariter agnito, ſed cui non tam feliciter res hæc ceſſerat quàm Barbario: etſi enim id Maximo publicè impune fuerit, pariter vt Barbario (falſum enim eſt quod Bachouius ſcripſit, Barbarium pœnâ affectú ab Antonio, cui tam turpiter ſtatu diſſimulato illuſiſſet) attamen à domino is abductus dicitur. Poſteaquam enim Dio dixit, ſeruos tum temporis etiam in Senatum allectos, ſubjicit. Μάξιμον γοῦν τινα ταμιεύσειν μέλλοντα ἐγνώρισέ τε ὁ δεσπότης καὶ ἀπήγαγε, καὶ τοῦτο μὲν αἱ δὲ ἐγένετο τολμήσαντι τὴν ἀρχὴν αἰτῆσαι. Ex his interim diſcimus, ex hoc inquam, Barbarii Philippi, vt & altero Maximi exemplo, vt omittam hiſtoriam de Herophilo equario medico, ſeu Amatio, fugitiuo (vt Cicero eum vocat) qui paucis antè annis Marii ſe filium vel nepotem aſſeruerat: de quo præter alia teſtimonia emerſit haud ita pridem Nicolai Damaſceni locus inſignis, in ex-

cerptis

Digitized by Google

excerptis Valeſianis *p.* 486. Ex his, inquam, diſcimus, propriam illius temporis ſub Triumuiris labem, nempe quòd ſerui multi quaſi liberi ad dignitates tum ambiiſſent; *Ambiſſent:* inquam, apud populum, penes quem tum ſuffragia ſeu comitia erant, vt ex hac quoque Lege diſcimus: qui centuriatis videlicet comitiis Magiſtratus creab at: De quo alioquin honorum ambitu hîc ineptè Interpretes per ſummam ἀνιστορησίαν tumultuantur. Et certè vetus quoque ſcriptor ille, apud Suidam, Barbarium Philippum in Antonii gratiam à populo Prætorem deſignatum ſcribit. Neque huic haud adeò abſimile exemplum occurrit apud Plutarchum, in Cicerone, de actis Clodii Tribuni plebis, quem Cicero παρανόμως ex Patriciis ad Tribunatum adſpiraſſe contendebat, & ideò κύριον οὐδὲν εἶναι τῶν πεπραγμένων ὑπ' αὐτοῦ. Catonis contrà ſententia erat, δεινὸν καὶ βίαιον ἀποφαίνων, ἀναίρεσιν ψηφίσασθαι δογμάτων καὶ πράξεων τοσούτων τὴν σύγκλητον. Quanquam & juſtior ibi Catonis ſententia, quòd lege latâ Clodius iis legibus ſolutus fuerat, quæ eum alioquin vetabant eſſe Tribunum. Hoc igitur Barbarii Philippi thema hiſtorico-Iuridicum Iuriſconſulti ſibi olim velut ſolemne propoſuêre, Pomponius ſub Marco, Vlpianus ſub Antonino Caracallâ: quomodo & alia huiuſmodi ſolemnia themata Iuriſconſulti habebant: Haud aliter atque *Rhetores* in ſcholis ſua & ſolemnia quædam themata habuêre, quibus ſe ſuóſque diſcipulos exercerent. Et alioquin multa huiuſmodi exempla habet Romana hiſtoria, ſeruorum impoſtorum fugitiuorum, qui ſe pro liberis venditantes ad ſummos honores peruenêre vel contendêre. Iam ſuprà exemplum attulimus de Herophilo medico equario fugitiuo: Claudii item Pacati exemplum memorat Dio, qui Centurio fuerat, quémque Domitianus domino reddidit, quòd ſeruum eum eſſe conſtaret. Vlpiani certè ętas ipſa ſingulare exemplum præbet ſub Pertinace, de ſeruo quodam, qui, quaſi Fabiæ eſſet filius ex Ceionii Commodi familiâ, Palatinam domum ridiculè vindicauerat, qui

††† tamen

tamen cognitus, juſſus eſt flagellis cœſus domino reſtitui: vt refert Capitolinus, *in vitâ Pertinacis.* Et hæc quidem de ipſo themate quod hac lege proponitur, déque Pomponio qui id retractauit; Non eo certè fine, quòd ambigeret de Barbarii poſt Præturam ab eo peractam, póſtque detectum eius ſtatum, conditione, quemnam, inquam, poſt hæc, ſtatum teneret, de quo ne dubitatum quidem iam oſtendi; verùm vt de priſtinâ tantùm eius dignitate anquireret. Et ſic de priore huius legis parte.

VIII. Pomponium ſecutus eſt Vlpianus, vt alteram nunc huius l. partem ingrediamur, qui hoc ipſum thema ſibi accuratiùs pertractandum propoſuit: non tam vt Pomponium vellicaret, notarétve, quod plerique eum hîc agere cenſent, & perperam quidem, ab illis iam verbis, *Adquin verum eſt*, quàm vt inquiſitionem ſuam vlteriùs quàm Pomponius porrigeret, vel etiam clariùs & diſtinctiùs quod in controuerſiam hac parte venire poterat definiret, vt ſuperiùs oſtenſum eſt. Certè Vlpianum paſſim his libris ad Sabinum, Pomponium allegare probaréque deprehendo, vt *l.* 4. *ff. de legat.* 1. *l.* 12. 29. *ff. de vſufructu*, *l.* 8. *de vſufr. accreſc. l.* 4. 8. 14. *de vſu & habitat. l.* 32. *de legatis* 1. *l.* 73. *de legat.* 3. *l.* 6. *ff. commun. prædiorum*: *l.* 14. *de furtis*: *l.* 7. *ff. ſoluto matrimonio*: *l.* 10. *de teſtam. tut. l.* 5. *de impenſis in res dot. fact. l.* 6. *de muneribus*: *l.* 7. 17. *in fine*: *l.* 21. §. 2. 4. *l.* 36. 41. *de furtis*: *l.* 14. *de præſcript. verbis*: *l.* 19. *mandati*: *l.* 2. *de priu. cred.* Et quidem etiam cum elogio, additâ voce, *eleganter. l.* 14. *pro ſocio*: *l.* 7. *de furtis*: *l.* 23. *de condict. ind. l.* 19. *mandati*: item, *rectè. l.* 3. §. 3. *de adſign. li. l.* 1. *ſi vſufr. pet. l.* 25. §. 9. *de auro arg. leg.* Eſt & vbi eum dubitaſſe memorat: *l.* 3. *de teſtam. mil. l.* 12. *de vſufr, l.* 29. *quibus modis vſusfr. amitt. l.* 1. *ſi vſusfr. petatur*: *l.* 23. *pro ſocio*: *l.* 16. *de teſtam. tutel.* Tandem eſt, & vbi eum apertè reprehendit ſeu improbat, *l.* 23. *ff. pro ſocio.* Hîc verò Vlpianus Pomponii veſtigia ſecutus, tractatum ab eo ſemiplenum relictum porrò perſequi atque in bono lumine conlocare.

locare inſtituit : *Et tamen*, inquit, *videamus*, &c. Ac ſi diceret : hæc quidem ita, vt ſuprà memorata ſunt, Pomponius, nondum tamen iſta ſufficiunt : vlteriùs enim adhuc videndum tractandúmque ſupereſt, & expreſſiùs, quid ſentiendum ſit, non iam de nudâ Barbarii dignitate, in quâ aliquandiu latuit, verùm de vi geſtorum ab eo vel apud eum Præturâ cõſtante, ratáne ea ſint, néene? Et verò definit Vlpianus, rata eſſe ea oportere firmitatéq; obtinere.

IX. *Dubitandi* rationes erant petitæ, non ex eo tantùm, quòd Pomponius vltro conceſſerat Barbarium Prætorem non fuiſſe : verùm ex ſequetibus etiam, ſiue ipſum ſeruum ſpectes, ſiue populi deſignationem. Primùm, quòd generaliter in confeſſo eſſet, ſeruum hominem jure ciuili, qui cæteroquin pro nullo, pro mortuo habetur, Iudicem vel Magiſtratum eſſe non poſſe, neque vllâ dignitate vtiliter fungi, *l. tùm Prætor* 12. *verſ. moribus*, *ff. de judiciis* : *l.* 2. *C. ſi ſeruus vel lib. ad decur. l. ſeruus Cod. de judiciis* : *l. non mutat Cod. de liberali cauſa*, &c. Item, quòd etiam juſtus Magiſtratus, ſi modum Iuriſdictionis ſuæ egrediatur, nihil agat, veluti ſi penes eum Legis actio non ſit, *l.* 2. 3. *de off. Proconſ. l.* 1. *de off. Iurid. l.* 4. *Cod. de vind lib. l.* 1. *Cod. de emancipat. lib.* Paulus, 2. *ſent.* 26. *n.* 6. Item, quòd errantis nulla ſit voluntas, pérque errorem adeò geſta nullius ſint momenti. Tandem, quòd ab incompetente Iudice quocunque facta nullas vires ſortiantur, *l. vlt. Cod. ſi à non compet. Iud.* In tantum, vt ea quoque quæ voluntariæ juriſdictionis ſunt ; quæq; ipſa *Legis actiones* dicuntur, apud incompetentem Iudicem facta, irrita ſint, & vt valere poſſint iterari ſe depoſcant. De quo inſignis eſt Ammiani Marcellini locus : quem hac occaſione genuinæ lectioni ſuæ reddere non piget. Is eſt *libro* 22. *p.* 226. vbi de Iuliano Imp. ſuperioris anni Conſule agens : *Mamertino*, inquit, *ludos edente Circenſes*, *manumittendis ex more inductis per admiſſionum proximum*, *ipſe* [Iulianus] Lege Agi *dixerat*, *vt ſolebat* : *ſtatimq́; admonitus*, *Iuriſdictionem eo die ad alte-*

††† 2 *rum*

rum (huius anni Conſulem) *pertinere*, *vt iterato obnoxium Decemuiris errorem & ipſe mutauit.* Ita ſcilicet hæc poſtrema reſtituenda ſunt : pro quo editiones corruptiſſimè habent, *vt errato obnoxiam Decembris auroram :* paulò propiùs ad verum, Codex Vaticanus, referente Doctiſſimo Valeſio, *vt terrato obnoxium Decembris aurorem.* Ita nempe moris olim erat, vt actus voluntariæ iuriſdictionis, qui minùs ritè, vel minùs juſtè proceſſiſſent, aut plenè, iteratò peragerentur, veluti manumiſſiones, & id genus alia. Quod inter alia egregiè firmat quoq; *lex* 13. *Cod. Theod. de infirman. his quæ ſub Tyran.* de quo ibi pleniùs. Pariter, vt ex Decemuirorum diſciplinâ ſacra iterabantur, ſi prima diſplicuiſſent, neque jure proceſſiſſent, teſte Seruio, *ad* 3. *Æneidos p.* 279. quò quidem Marcellinus eo loco alluſit. Hæ igitur dubitañdi rationes erant.

x. Atenim decidendi rationes Vlpianum in aliam ſententiam traxêre. Primum quidem argumentum eſt ab abſurdo, & inde à communi priuatorum vtilitate. *Quid dicemus*, inquit, *quæ edixit*, *quæ decreuit*, *nullius fore momenti? An fore*, *propter vtilitatem eorum qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio jure? Et verum puto*, *nihil eorum reprobari : hoc enim humanius eſt.* Vbi initio figuratus interrogandi modus quem Grçci πεῦσιν & πύσμα quoque dixêre, notandus venit, παθητικῶς is ſcilicet admodum, arguendi gratiâ, nôn noſcendi, vim maximam ad probandum habet, & ad infringenda argumenta in contrarium. Eo verò hîc vſus Vlpianus, vt oſtenderet, abſurdam omnino rem fore, ſi geſta illa infirmarentur : τῇ ἐρωτήσει : τὴν ἀτοπίαν σαφέστερον δεῖξαι πειρώμενος, vt in ſimili cenſet Iſidorus Peluſ. *lib.* 3. *Epiſt.* 184. vbi etiam vide alia hanc in rem. Imò contrà ſtare communem eorum vtilitatem, qui apud Barbarium egerant. Ac ſi diceret, manifeſtè id in priuatorum injuriam ceſſurum, ſi bonâ fide ab eo & apud eum geſta infirmarentur retractarentúrve, hoc ſolo obtentu, quòd non coram juſto vndique Prætore actitata eſſent : ſatis enim eſſe,

quòd

quòd Prætor publicè deſignatus eſſet: Atque ideò non tantam hoc caſu habendam rationem perſonalis alicuius in electo defectûs, quàm formæ ſubſtantialis: ſolemnis, inquam, publicæq; deſignationis & electionis, & poſt hæc judiciorum moris obſeruati, in decernendis gerendiſque quæ ab eo & apud eum geſta fuerunt: In quo vtroque fundamentum legitimum habent actitata ab eo & apud eum: Denique potiorem rationem electoris legitimi, juſtæque deſignationis & electionis eſſe oportere, communis vtilitatis intuitu: ſic vt ſeruus hic hactenus Prætor fuiſſe credatur, *quo ad ordinata per eum*, vt rectè Iaſon, *hic*, *n.* 16.

Et hanc quidem *humaniorem* eſſe ſententiam addit Vlpianus: quæ velut ratio rationis eſt (ſpretâ contrariâ) quæ videlicet actus publicos in tuto locaret. Cur verò humanior? Nempe ea ſemper ſententia ſeu interpretatio in ambiguo præferenda eſt, quâ actus hominum, & judiciarii potiſſimùm, ſuſtinentur, potiùs vt valeant quàm vt corruant: ſi modò forma ſubſtantialis interceſſit: legitima, inquam, electio, & moris judiciorum obſeruatio: de quo in genere latè Menochius, in materiâ conuentionum, *de Tacitis & ambiguis. lib.* 2. *c.* 4. *à n.* 13. *Humanius eſt*, inquit Vlpianus, quæ paſſiua in iure formula eſt: ſimiliter vt iſta, *humanior interpretatio* eſt, *humanior ſententia*: item, *humaniùs* dicitur, & ſimiles, quas collegêre Indices formularii. *Humanius* igitur in ſpecie huius l. non vt ſtricto juri id opponatur, quod vulgus cenſet, verùm vt in ambiguis id potiùs ſequendum indicetur, quo abſurdum vitetur, quóque communis vtilitas procuretur.

XI Quin & ſimili ad id confirmandum vtitur Vlpianus argumento, deſumpto à maiori ad minus, vel certè à minùs fauorabili, ad id quod veniâ dignum potiús ſit: *Cùm etiam*, inquit, *potuerit Populus Romanus ſeruo decernere hanc poteſtatem.* Quæ quidem ratio ſeu argumentatio, ne quis eam claudicare putet, quod ſensêre nonnulli, à ſciente ad errantem ſeu ignorantem deſumpta eſt: eo fine, vt ſerui-

tutem hoc caſu nihil obſtare, quominus à Prætore incapaci ritè tamen deſignato geſta vel apud eum actitata rata ſint, efficiat: Nempe ſi ſciens prudens populus ſeruum Prætorem deſignare poteſt: deſignatiq; ita acta valent, quanto magis ab errante id factum humanâ interpretatione ſuſtineri debet, ad validandos electi actus? ſcilicet *errantis* actus faciliùs ſæpe ſuſtinentur, quàm ſcientis-prudentis, quia juſto errori facilè ſuccurritur: contrà ſi quid à ſciente-prudente aduerſus leges admiſſum eſt, pro luſorio habetur. Bonum igitur iſtud argumentum eſt, atque ita vt dixi, intelligendum.

Et vt oſtendat magis magiſque Vlpianus quanta ſit hinc publicæ vtilitatis, inde electionis ſolẽnis, vis & ratio, 5. *loco*, ſingulare quid, atque à jure magis adhuc exorbitans, adjicit: nempe, quòd populus poſſit etiam, ſi velit, hoc caſu ſeruũ domino eripere, & ſeruum liberum efficere: Qui tractatus alioquin pertinet ad eam quæſtionem, num publicæ vtilitatis alicuius intuitu res ſua priuato eripi poſſit, ac nominatim ad titulum Codicis *pro quibus cauſis ſerui pro præmio libertatem accipiunt*: quò certè pertinent tot alia exempla, quæ hiſtoria ſufficit, de ſeruis ob publicum vſum aliquem libertate donatis. Proinde argumentatio talis eſt à maiori ad minus: ſi publici commodi ergô etiam ſciens-prudens populus, penes quem ſumma rei eſt, non tantùm ſeruum Prætorem deſignare poteſt, ſed & ſeruum hoc caſu domino eripere, juſtâ Electione: quanto magis in caſu propoſito tale quid ſtatuendum eſt, non quidem vt ſeruus in totum juſtus Prætor efficiatur, non vt domino eripiatur, verùm hactenus ſaltem, vt commodâ interpretatione & humanâ, geſta interim ab eo vel apud eum ſuſtineantur: atque hactenus error populi, ſeruitusq; electi, geſtis non obſtent. Et hæc quidem ità Vlpianus.

XII. At nos aliis haud abſimilibus prætereà exemplis, ſententiam eius firmemus. Sic ſanè quoque olim ſub Magiſtratibus & Iudicibus, qui à Tyrannis conſtituti fuerant, more

more judiciorum ſeruato, legitimè denique geſta, vel ſponte apud eos tranſacta, rata erant: de quo extant plures conſtitutiones, puta *lex* 2. 5. 8. 9. 13. *Cod. Th. de infirm. his quæ ſub Tyrannis*. Et maior tamen hoc caſu defectus videatur, vt puta cùm ab *inhabili* poteſtas collata ſit, & ſic forma ſubſtantialis deficiat: vt proinde non diſpar ſaltem hac parte ratio ſit inhabilitatis eligentis & electi. Sic quoque, quod ad hanc quoque rem propiùs accedit, ſi arbiter à magiſtratu datus ſeruus ſit, iſque quo tempore ſententiam dixit in libertate morabatur, quamuis poſtea in ſeruitutem depulſus ſit, ſententia ab eo dicta rei judicatæ auctoritatem habet, *l.* 2. *Cod. de ſentent. & interlocutionibus.* Atquin fauorabilior adhuc electionis à populo factæ ratio videtur, quàm quæ à priuato Magiſtratu facta eſt. Et hæc quidem de publicis actibus & electionibus. Quod priuata negotia attinet, quæ eadem tamen publici juris vel publicæ fidei ſunt, ita quoque Teſtamentum ſuſtinetur, cui teſtis adhibitus eſt ſeruus homo, qui omnium conſenſu liberi loco habebatur, *l.* 1. *Cod. de teſtamentis*: vnde confectus eſt §. *ſed cùm aliquis*, *Inſtitut. de teſtam. ordin.* nam, vt *d. l.* dicitur, *in hoc caſu* tractari non oportet ſeruus quis an liber fuerit. His omnibus adjice, quòd filio-familias mutuo dato, qui publicè pater-familias pleriſque videbatur, quiq; ſic agebat, ſic contrahebat, ſic muneribus fungebatur, ceſſat Senatuſconſultum Macedonianum, ſeu cum eo geſta rata ſunt, *l.* 3. *ff. ad SC. Macedon.*

XIII. Ex hac igitur iam Lege, *Axioma* iſtud tutò ad vſum & Praxim conficiamus, vbi de Iudiciariis actibus quæritur, à Iudice vel apud Iudicem geſtis, celebratis, vt rata ea eſſe poſſint, ſatis eſſe, ſi Index publicè, ſolemniter, moréque maiorum, ritè denique, per Electionem decretus ſeu conſtitutus fuerit, & characterem publicum præ ſe ferat: denique ſi publicâ auctoritate impoſita ſit ei perſona, ſeu officium collatum: neque ob ſtatum eius aliquandiu obnubilatum, ſuppoſititium, ὑποβολιμαῖον, de-

creta geſtáque ideò inualidari. Vno verbo, hac in re ſatis eſſe ſi *ritè* per ſuperioris electionem, etſi non *rectè* electus ſit: Idq; *propter publicam vtilitatem*, vt hac l. expreſsè dicitur. Falſum enim πόρισμα hinc vulgò educitur, magnóque idem apparatu hîc à Doctoribus inſtruitur adornatúrque, *Quòd error jus faciat*; quódque hac ratione huius l. deciſio nitatur: etſi non adeò malè nonnulli, quòd hæc vna ſit è tribus, quæ hîc eſſentialiter requiruntur: puta auctoritas ſuperioris, publica vtilitas, & error communis: vel ita, quòd hîc vnica ſit ratio, quæ ex concurſu trium cauſarum formatur. Baldus ita, hoc non facere errorem communem, ſed auctoritatem ſuperioris, rationem verò auctoritatis eſſe errorem communem. Nos dicamus, ſupponi hoc caſu noſtro duo: puta, errorem communem, & auctoritatem ſuperioris, ſeu legitimam electionem: attenim vnicâ ratione ſuſtineri actus illos, puta *ob communem vtilitatem*. Ergo, vt ſuprà vidimus, alio fundamento huius l. diſpoſitio nititur, quàm errore publico, quod & Camillus Plautius iam olim & alii deinceps rectè oſtenderunt: error enim in ſpecie huius l. dubitandi rationem inter alias ſuppeditabat, quaſi ideò geſta irrita eſſe deberent, nempe quòd errantis nulla ſit voluntas, nullus conſenſenſus; non verò decidendi ratio erat: ea enim vera decidendi ratio hîc eſt, vtilitas publica quæ illam vincit. Quare tandem ſi de *errore* quæritur, dicamus, eum in ſpecie huius l. non equidem nocere, imò prodeſſe: verùm rationem fundamentalem non ingredi: pariter vti prodeſt legitima electio. Qua occaſione Interpretes in hanc generalem quæſtionem ſeſe hîc diffundunt, & Iaſon cumprimis latiſſimè & accuratiſſimè, vtrùm geſta ab inhabili vel putatiuo Iudice aut Notario vel Tabellione, ſimilibusq; valeant: Et rectè tandem in hanc diſtinctionem conſentiunt, an publicâ auctoritate cui impoſitum ſit munus per errorem, an verò quis ſibi ipſi perſonam ſeu munus impoſuerit, & intruſus ſit, vel putatiuus tantùm.

XIV.

x i v. Et facilis proinde iam ſolutio ſeu reſponſio ad leges in ſpeciem contrarias: ſi modò meminerimus, hîc agi de magiſtratu publicè ritéque ab eo penes quem poteſtas eſt electo: item agi de legitimè ab eo & apud eũ geſtis, quę ad Iuriſdictionem eius pertinebant: agi item de geſtis ab eo vel apud eum quamdiu in dignitate latuit: denique publicæ vtilitatis rationem hìc verti. Non obſtat, inquam: lex *Modeſtini nullus* 19. *ff. qui & à quibus manumiſſ.* vbi dicitur nullam eſſe libertatem datam ab eo, qui poſtea ſeruus ipſe pronunciatus eſt (quanquàm Accurſiani olim hanc l. huic noſtræ velut ſimilem aptabànt, omiſsâ voce *nulla*, quam habent Florentinæ) & ſic liberi ſtatum ex manumiſſoris perſonâ retractari, vt loquitur *lex* 1. *Cod. ne de ſtatu defunctor.* Non obſtat Papiniani lex *non idcirco* 44. §. 1. *de judiciis*, vbi definitur, cùm poſtea ſeruus apparuit is, cuius nomine per procuratorem fuerat actum, abſolui debitorem oportere, & ſic judicium non obtinere. Non, inquam; obſtant hæ leges, quia in his agitur de priuatis qui nullam agendi ſubſtantiam habuerunt: nos verò verſamur in caſu, quo quis agendi ſubſtantiam habet, ſeu characterem & perſonam: ex electione publicâ & ſolemni, etſi defectus aliquis ſeu inhabilitas fuit in eius perſona.

Non obſtat eiuſdem Vlpiani lex *ſi per errorem* 15. *ff. de juriſd.* quâ dicitur, ſi per errorem alius pro alio Prætor (puta Vrbanus pro peregrino: tutelaris pro fideicommiſſario) ab aliquibus aditus fuerit, nihil valere quod actum eſt: additâ ratione, quòd ferendus non ſit, qui dicat eos conſenſiſſe, cùm non conſentiant qui errent: nihilque tam contrarium ſit conſenſui quàm error qui imperitiam detegit. Vti nec obſtat, quod & ſuprà iam perſtrinxi in rationibus dubitandi, quòd ſi Magiſtratus modum Iuriſdictionis ſibi delatæ egrediatur, geſta ab eo nullius ſint momenti: item, quòd ab incompetente Iudice facta decreta nullo jure cenſeantur, de quo *tit. Cod. ſi à non compet. Iud.* Nos enim in eo caſu verſamur, vbi Magiſtratus publicè

conſtitutus, modum juriſdictionis ſuæ non egreditur: nam vt Magiſtratus eſſe non poteſt, qui non ritè electus eſt, qui characterem publicum non habet, ita nec modus juriſdictionis nonniſi à publico eſt, quem nemo egredi poteſt. Non obeſt Modeſtini *lex* 10. *de decur.* vbi dicitur, ſolâ albi proſcriptione, noſtri dicerent, ſolâ *immatriculatione* (de qua alioquin quæſtione Iaſon *n.* 49.) minimè decurionem factum, qui ſecundùm legem creatus non eſt. Nos enim in eo caſu verſamur, vbi licèt inhabilis incompetens ſeu incapax aliquis, ſecundùm legem tamen creatus eſt: titulumq; proinde habet, ſeu *intitulationem*, vt loquitur Io. Faber: cùm contrà in illâ ſpecie ſecundùm legem ſeu canonicè creatus non fuerit: & ſic defectus fuit in formâ & ſubſtantiâ: quomodo & Duumuir non eſt, qui nullo actu habito ex lege, ſed tantùm vocibus popularium poſtulatus eſt, *l. ſi conſtet* 12. *de Appellationibus*.

Denique non obſtat *l.* 2. *C. de eo qui pro tut.* vbi dicitur, non vtiliter nominatū tutorem pupillorum nomine agendo, licèt ex eorum perſona injunctas impleat intentiones, exceptione *ſi Tutor non eſt* ſummoueri. Rectè, nam & in caſu noſtro, poſteaquam Prætor ſeruus detectus eſt, ſi ab eo vel apud eū geſta quædā fuiſſent, valere non potuiſſent: Quare Vlpianus hac l. ea tantùm quę edixit, quę decreuit, quandiu latuit in Prætoria dignitate, rata eſſe definit.

xv. Supereſt vltimus huius legis verſiculus, vbi *Ampliatio* ſeu Extenſio continetur: nempe *Idem jus in Imperatore obſeruandum.* Quod nonnulli ineptè ita accepêre, quaſi id voluerit Vlpianus, idem ſtatuendum, ſi populus per errorem ſeruum Imperatorem creauerit. Quod etiam Berengarius Fernandus credidit. Imò ſenſus eſt, vt à Principe quoque ſeruo per errorem Prætore ſeu Magiſtratu creato, geſta ab eo & apud eum rata ſint: item, vt ſciens prudens Princeps ſeruo poteſtatem decernere poſſit: tandem, vt ſeruum alienum liberum efficere poſſit, publici alicuius

commodi

commodi ergò (quanquàm Tiberius & Domitianus id inuito domino facere aliquando renuêre: teſte vel Suidâ & Dione) Nempe Vlpianus (ſi modò Vlpiani & non Triboniani hic verſiculus eſt) vetuſtum thema quod ſub Triumuiris, populari adhuc quadamtenus ſtatu, euenerat, ad ſui iam æui vſum & praxim vtiliter hîc transferre voluit, quo omnis iam populi poteſtas Principi & in Principem, id eſt, παντελῶς, optimâque lege, vt alibi pleniùs explicauimus, tranſlata fuit. Imò Vlpianus id jus *multò magis in Imperatore obſeruandum* ait. At cur MVLTO MAGIS? cùm tamen ex parte poteſtatis, vt loquuntur, vnus alio maior non ſit: i. eadem poſtea Imperatoris poteſtas fuerit, quæ olim populi? Quidam cenſent, id ab Vlpiano ideò dictû, quòd Princeps legibus ſolutus ſit, quam etiam rationem reddit Goueanus. Alii exiſtimant, quia faciliùs præſumatur voluntas vnius perſonæ, quàm innumerabilis populi, faciliùſque vnus conſentiat quàm populus: & ſic maioritatem hîc verſari putant ex parte conſensûs: quam rationem reddit Baldus. Alii, *multò magis* exponunt vi expreſſionis: quòd ſcilicet populus nunquam niſi fictè conſentiat, at Princeps faciliùs conſentiat quàm populus. Duarenus ait, quia veniâ dignus ſit magis vnius Imperatoris error, quàm populi totius, propter ὑπεροχίαν. Baro hanc rationem reddit, quòd faciliùs Principi & paucis qui in conſilio eius ſunt ſeruus obrepere poſſit, quàm toti populo. Ego Vlpianum, ſi modò Vlpiani hæc ſunt, crediderim, id ita dixiſſe, non quaſi in immenſum abſolutam Principis poteſtatẽ euectum iuerit, omniumq; legum repagulis ſolutum Principem crediderit, à quo adulandi ſtudio eum iamdudum abſoluimus: verùm, quia Magiſtratuum creatione in vrbe ad Principis curam tranſlatâ, vt Modeſtinus ſcribit *l. vn. ff. ad l. Iul. de ambitu* (cui conuenit & ſolemnis iam Iuuenalis locus *Satyrâ* 10.) ex vnius Principis nutu & interpretatione tota res hæc penderet, quod in ſingulis è populo haud ęquè euenire poterat: Qua causâ priuato fas non eſſe de eius ca-

pacitate & habilitate quærere, quem Princeps elegiſſet. Quò pertinet illud; *Diſputare de principali judicio non oportere: ſacrilegii enim inſtar eſſe, dubitare, an is dignus ſit quem elegerit Imperator*: vt diſertè Valentinianus Iun. reſcribit ad Symmachum P. V. in *l. Diſputare 3. C. de crimine ſacrileg.* Nam & quod ipſe idem Symmachus quoque, *lib. 10. epiſt. 34.* dicit, *qui Iudices decolorant, ſacri* (i. Principis) *teſtimonii ſpecilitatem videntur inceſſere.* Simileq́; eſt, quod idem Valentinianus ad Præfectum annonæ Vrbis Romæ ſcribit *l. 3. C. de diuerſ. reſcr. Sacrilegii inſtar eſſe ſuper quibuſcunq; Adminiſtrationibus vel dignitatibus promulgandis, diuinis* (i. Principis) *obuiare beneficiis.* De quarum alioquin legum ſenſu plura alibi dico. Ergo *multò magis* in Imperatore iſtud obtinere dicatur; quia tota res hæc à Principis nutu penderet, eiuſq; judicium vel facilitatem hac parte inceſſere, priuato non conueniret: cùm & alioquin Princeps rationibus huiuſmodi obnoxius non ſit, contrà ἀνυπεύθυνος ſit, & judicii ſui hac parte ſolus interpres exiſtat.

Et hac quidem ratione *multò magis* ſuſtineri Vlpianus voluit geſta ab eo vel apud eum, quem Princeps per errorem Prætorem creaſſet, vel cui adminiſtrationem vel dignitatem aliam contuliſſet. Eademq; ratione Princeps multò magis adhuc quàm populus Romanus, ſeruo Prętoriam poteſtatem vel aliter inhabili magiſtratum quemcunque conferre poteſt: eundemq; ſi ſciat ſeruum liberum efficere. An verò, eo ipſo quòd Princeps ſeruũ ſciens-prudens Prętorem fecit, & liberum feciſſe intelligatur, quod poſt Gręcos cenſuit Cujacius, 8. *Obſ.* 33. eaq; ſit eâ parte huius l. ſententia, verſic. *ſed etſi ſciſſet*, &c. commodiore loco tractabitur: Vt & de ſententia *Legis 6. & 7. C. qui mil. poſſ.* Mihi enim propoſitum haud aliud nunc fermè fuit, quàm *Leg. Barbarius* à malâ correctorum manu vindicare: Eâdemq; amicitiæ noſtrę, nuper etiã communis recentatę, pignus aliquod, verbis modicũ, affectu pleniſſimũ, tibi dicare, poſteritatiq; relinquere.

Finis.

ANT 131767

Digitized by Google